

## LAW AND MODERNIZATION

RICHARD A. POSNER

In this article, Judge Posner studies the effect of legal institutions, and particularly the judiciary, on economic development. The author considers the idea of the rule of law, examines elements related to this idea and shows the ideal infrastructure for the judiciary, along with legal systems that deviate from this ideal and the effect this has on development. The article concludes with four measures for reducing judicial corruption.

My purpose in this brief article is to sketch what seem to me to be the basic requirements for an effective judicial system in a developing nation. I assume the nation has a democratic system of government, but democracy will not work without a certain kind of institutional foundation, and the cornerstone of that foundation is an independent judiciary. The relevant independence is twofold: it is from the officials who rule, but it is also from the fluctuations of public opinion. If the judges are subservient to the governing officials, democracy will degenerate into tyranny; elections will be rigged and criticism of officials suppressed. These are abuses that it is a central function of the judiciary to prevent. But if the judges are subservient to the people, as in a system in which judges enjoy no secure tenure, the danger is acute that they will fail to protect the property and personal rights of unpopular individuals or groups, with potentially disastrous effects on incentives to invest.

The protection of rights irrespective of the popularity of the rights holders is the essence of the “rule of law,” a doctrine that comes down to us from Aristotle, who in the *Nicomachean Ethics* set forth the theory of law that he called “corrective justice.” If someone through wrongful behavior disturbs the preexisting balance between himself and another person, to the injury of the latter, the other person is entitled to some form of redress that will, to the extent feasible, restore that preexisting balance—that will, in other words, correct the departure from equilibrium that was caused by the wrongful act.

## DERECHO Y MODERNIZACION\*

RICHARD A. POSNER

Mi propósito en este breve artículo es esbozar los que considero como requisitos básicos para tener un sistema judicial efectivo en un país en desarrollo. Supondré que el país tiene un sistema democrático de gobierno, pero la democracia no funcionará sin cierto tipo de fundamento institucional, y la piedra angular de ese fundamento es un cuerpo judicial independiente. La independencia a la que me refiero es doble: la judicatura debe ser independiente de los gobernantes, pero también de las fluctuaciones de la opinión pública. Si los jueces son serviles ante los gobernantes, la democracia degenerará en tiranía; las elecciones serán fraudulentas y las críticas a los gobernantes serán suprimidas. Una de las funciones principales de la judicatura es prevenir este tipo de abusos. De otro lado, si los jueces son serviles ante el pueblo, como en un sistema en el que los jueces no gozan de verdadera estabilidad laboral, existe un grave peligro de que ellos dejen de proteger la propiedad y los derechos personales de individuos o grupos impopulares, y esto podría tener efectos desastrosos en los incentivos para invertir.

Proteger los derechos sin mirar a la popularidad de los titulares de esos derechos es la esencia del “imperio de la ley.” Esta doctrina la recibimos de Aristóteles, quien en la *Ética a Nicómaco* expuso la teoría del derecho que llamó “justicia correctiva.” Si alguien a través de un comportamiento reprobable rompe el balance que existe entre él y otra persona, en perjuicio del segundo, esa persona tiene derecho a algún tipo de reparación, que, en la medida de lo posible, restaurará el balance preexistente. En otras palabras, la reparación corregirá la alteración del equilibrio causado por el acto reprobable.

179

---

\* Invitado por PRECEDENTE a enviar una colaboración sobre derecho y modernización, el juez Richard A. Posner respondió amablemente, reuniendo en este escrito sus ideas más importantes sobre el tema. Traducción de Federico Escobar.

Aristotle's concept of corrective justice is highly abstract. What shall count as wrongful behavior is not specified; nor the forms of redress that shall be deemed appropriate. The principal significance of the concept may lie in a corollary that Aristotle drew from it. The corollary is that corrective justice abstracts from the personal qualities, the merit or desert, of the wrongdoer and his victim. The victim may be a bad man and the wrongdoer a good one, if we have regard for the character of a person and the entire course of his career—the summation of all his good and bad deeds and not just the particular episode that resulted in the injury to the victim. Nevertheless the victim is entitled to redress. The reason that this is a corollary of corrective justice rather than a separate principle of justice is that corrective justice seeks to redress a preexisting equilibrium rather than to change it. The court doesn't use the occasion to enrich or impoverish the wrongdoer or the victim on the basis of a judgment about their merits or deserts apart from the circumstances of the injury itself. For that would not restore the parties to the preexisting equilibrium; it would create a new equilibrium.

180 This concept of justice “without regard to persons,” which is the concept famously symbolized by the statue of justice as a blindfolded goddess, remains a cornerstone of law in all civilized societies. Indeed, it is one of the institutions that is criterial of whether a society is civilized. The reason is practical (Aristotle was a practical thinker). If obtaining redress for injuries depended on one's reputation, people would invest inordinate resources in becoming well liked, well regarded. To the extent that such investments took the form of doing genuinely good things, they would enhance social welfare. But often it would be easier to obtain a good reputation by cultivating the friendship of the powerful, allying with the powerful through marriage, avoiding unpopular stands, and taking other steps unrelated, indeed often detrimental, to the good of society. The result would be a society riven by clientalism, clannishness, and nepotism. And even when a person obtained a good reputation by proper means, once he had that reputation and could use it to inflict wrongful injuries with impunity on persons who lacked a good reputation, incentives to wrongful behavior would be created. The friendless would be an outlaw class on whom any of the “good” could prey with impunity. Energies would be deflected from socially constructive activities into rent seeking and the building of alliances.

So we want law to be “impersonal” in rather a literal sense. We want judges to abstract from the personal characteristics of the parties to the litigation before them and treat them as representatives of classes of activity, such as drivers and pedestrians.

Para Aristóteles, el concepto de la justicia correctiva es altamente abstracto. Lo que cuenta como una conducta reprochable no está especificado; tampoco lo están las formas de reparación que se considerarían apropiadas. La importancia principal del concepto de justicia correctiva puede hallarse en un corolario que Aristóteles dedujo de él. El corolario es que la justicia correctiva se aleja de las cualidades personales, el mérito o la culpa, del abusador y su víctima. La víctima puede ser un malhechor y el abusador un buen individuo, si miramos al carácter de la persona y al trayecto completo de su carrera —la sumatoria de todas sus buenas y malas acciones y no solamente el episodio concreto que culminó en el daño a la víctima. Sin embargo, la víctima está habilitada para pedir la reparación. La razón por la cual este es un corolario de la justicia correctiva, más que un principio autónomo de justicia, radica en que la justicia correctiva busca reparar el equilibrio preexistente y no modificarlo. El juez no aprovecha la ocasión para enriquecer o empobrecer al abusador o a la víctima sobre la base de un juicio acerca de sus méritos o faltas, por fuera de las circunstancias propias del evento en que se produjo el daño. No lo hace porque eso no restauraría a las partes en su equilibrio preexistente; sino que crearía un nuevo equilibrio.

Este concepto de justicia “sin mirar a las personas,” que es el concepto simbolizado por la famosa estatua en que la justicia es una diosa ciega, continúa siendo piedra angular de todas las sociedades civilizadas. De hecho, es una de las instituciones que sirven para determinar si una sociedad es civilizada o no lo es. La razón es práctica (Aristóteles era un pensador práctico). Si obtener una reparación por daños dependiera de la reputación de cada cual, la gente invertiría recursos exagerados en ser bien visto y bien reputado. En la medida en que esas inversiones consistieran en hacer cosas genuinamente buenas, ellas incrementarían el bienestar social. Pero muchas veces es más fácil obtener una buena reputación cultivando la amistad de los poderosos, aliándose con los poderosos a través de matrimonios, evitando asumir posiciones impopulares, y dando otros pasos no relacionados con, y a veces perjudiciales para, el bien de la sociedad. El resultado sería una sociedad dividida por el clientelismo, la existencia de clanes, y el nepotismo. Y aún cuando una persona hubiera obtenido una buena reputación por los medios apropiados, una vez que ella ya goce de esa fama y pueda usarla para causarles daño, con impunidad, a personas que carecen de buena reputación, se crearían poderosos incentivos a la conducta equivocada. Los no influyentes podrían convertirse en una clase abandonada por la ley, de quienes cualquiera de los “buenos” podría abusar con impunidad. Las energías podrían desviarse de las actividades socialmente constructivas hacia la búsqueda de rentas y la construcción de alianzas.

This aspiration for legal justice received canonical expression (in the European tradition) in Max Weber's concept of formal rationality. Law, in Weber's analysis, participates in the modernizing process by shucking off law's traditional supernatural, charismatic, and discretionary elements and becoming cut-and-dried, rational, and bureaucratic—increasingly, a system in which disinterested civil servants, constituting a professional judiciary, resolve disputes by applying clearly stated rules designed to promote rational economic planning by private and public actors to facts that these civil servants also ascertain rationally. The rules do not prescribe any private actions; they do not tell people what contracts to make, what risks to take, what callings to follow. Instead they create the framework within which people can go about their business—acquiring and developing property, making contracts, investing and lending, taking financial risks, and so forth, confident that known, clear, substantively neutral rules provide the exclusive statement of their public rights and duties. Such a system of law minimizes transaction costs and thus foster productive economic activity. Thus, to the extent that the legal system attains formal rationality, it provides the optimal environment for capitalism.

With Weber we are already far beyond Aristotle. This is particularly clear when we consider Weber's argument that the efficacy of the law as a handmaiden of a capitalist economy depends on law's maintaining its professional autonomy. (Aristotle had written at a time when there were no professional judges.)

Judges are not to be the cheerleaders for capitalism. They are to enforce the abstract norms of the law without regard to the consequences for the persons and activities encountered in the cases that they are called upon to decide. This neutrality, neutrality not only as to personal worth as in Aristotle but as to ideology as well, is important not only for enhancing the predictability of law—and it is predictability, above all, that Weber thought capitalists require of the legal framework—but also for reassuring the potentially restive classes in society that the law is not infected by class bias. But this means that even modern law has an ideological, one might even say prerational, role—to conceal the lineaments of power in a capitalist society.

Legal rationality is—rational. But it is also, and by that very fact, an agent of mystification.

I want to emphasize the difference in this regard between Aristotle and Weber. It is at least formally possible to do justice “without regard to persons” yet to do so on the basis of loose, discretionary, “equitable” standards rather

Por ello queremos que la ley sea “impersonal,” en un sentido bastante literal. Queremos que los jueces tomen sus decisiones sin tomar en cuenta las características personales de las partes en litigio, y que traten a las partes como representantes de una clase de actividad, tal como conductor o peatón.

El anhelo por este tipo de justicia legal obtuvo su formulación más reconocida (dentro de la tradición europea) en el concepto de racionalidad formal de Max Weber. El derecho, según el análisis de Weber, contribuye al proceso de modernización despojándose de sus elementos tradicionales, elementos sobrenaturales, carismáticos, y discrecionales, y volviéndose preciso, racional, y burocrático—se convierte progresivamente en un sistema en el que servidores públicos sin intereses particulares constituyen un cuerpo judicial profesional que resuelve disputas mediante la aplicación de reglas, enunciadas de manera clara y diseñadas para promover la planeación económica racional de actores privados y públicos. Esas reglas son aplicables a hechos que los servidores públicos también determinan de manera racional.

Las reglas no ordenan tomar acciones privadas; ellas no le dicen a la gente qué contratos celebrar, qué riesgos tomar, qué vocaciones seguir. En cambio, las reglas crean el marco dentro del cual la gente pueda seguir con su vida y sus negocios—adquiriendo y desarrollando su propiedad, celebrando contratos, invirtiendo y prestando, tomando riesgos financieros, y demás, con la confianza de que reglas conocidas, claras, y sustancialmente neutrales, conforman el único catálogo de sus derechos y deberes públicos. Un sistema jurídico construido así minimiza los costos de transacción y en consecuencia fomenta la actividad económica productiva. Por lo tanto, en la medida en que el sistema jurídico alcanza la racionalidad formal, ofrece el entorno óptimo para el capitalismo.

Con Weber ya hemos sobrepasado notoriamente a Aristóteles. Esto es bastante evidente cuando estudiamos el argumento de Weber de que, para poder considerar la eficacia de la ley como el baluarte de una economía capitalista, la ley tiene que mantener su autonomía profesional. (Aristóteles escribió en una época en que no había jueces profesionales.) Los jueces no deben ser las porristas del capitalismo. Ellos deben hacer cumplir las normas abstractas del derecho, sin mirar las consecuencias para las personas y las actividades involucradas, en los casos en que son llamados a decidir. Esta neutralidad, que debe operar no sólo en cuanto al valor personal, como en Aristóteles, sino también frente a la ideología, es importante para aumentar la previsibilidad del derecho —y es la previsibilidad la que, para Weber, los capitalistas requerían por encima de todo en el ordenamiento jurídico—pero también para asegurarles a las clases potencialmente más impacientes

than the kind of strict rules envisaged by Weber. The important thing from Aristotle's standpoint is that the judge (or jury) not have regard for the individual characteristics (wealth, family, deservedness, etc.) of the parties to the lawsuit, that he treat them as representatives of activities rather than as unique individuals occupying different places in the society. But this leaves undetermined the degree to which judges will base decision on abstract principles rather than on the particulars of the individual case—not the personal characteristics of the litigants, which corrective justice rules out, but the particular character of the activity in which each litigant was engaged that gave rise to the suit. It is the difference between punishing a driver for driving over the speed limit and punishing him for driving too fast for driving conditions at the particular time and place at which he was apprehended. But the looser the standard applied, the greater the danger that the judges will be influenced by the personal characteristics of the litigants or, alternatively, will be harder to detect should they allow themselves to be influenced by those characteristics, because the correct application of a standard is usually more difficult to evaluate from the outside than the correct application of a rule. Weber's concept of formal rationality emphasizes the desirability of rules that leave little scope for judicial discretion and so provide the clearest possible guide and framework for the imposition of legal duties. This, we shall see, is particularly important advice for developing countries.

Aristotle laid the cornerstone of the rule of law, but Weber completed the edifice. That judges shall judge without regard to persons is a central element of what we today consider the "rule of law," or in German the *Rechtsstaat*, but it is not the only element. Others are that rules of law shall be general, shall be clear, and shall be announced in advance so that people can conform their behavior to them without risk of punishment. These are values emphasized by Weber. Another important element of the rule of law is the separation of the legislative and judicial functions.

While an independent judiciary plays an essential foundational role in a democratic system, the precise balance in the judicial process between rules and standards (or principles) is a variable rather than a fixed requirement. A court can be impersonal in Aristotle's sense, and independent both from the ruling officials and the masses of the people, and if it is these things the preconditions of democracy will be secure. It need not also have the degree of formality prescribed by Weber. Whether it will have that or not will depend on circumstances that vary across democracies.

que el prejuicio de clase no ha infectado el derecho. Sin embargo, esto quiere decir que inclusive el derecho moderno tiene un rol ideológico, uno hasta podría decir pre-racional, que consiste en ocultar los contornos del poder en una sociedad capitalista. La racionalidad legal es, por supuesto, racional. Y también es, por ese mismo hecho, un agente de la mistificación.

Quiero subrayar la diferencia entre Aristóteles y Weber en este aspecto. Es posible, al menos formalmente, hacer justicia “sin mirar a la persona” sobre la base de estándares sueltos, discrecionales, “equitativos,” y no sobre las reglas estrictas que Weber había pensado. Lo importante desde el punto de vista de Aristóteles es que el juez (o el jurado) no tome en cuenta las características individuales (riqueza, familia, mérito, etc.) de las partes enfrentadas en el litigio, que las trate como personas que representan actividades y no como individuos únicos que ocupan diferentes lugares en la sociedad. Sin embargo, este planteamiento no determina la medida en la cual los jueces van a basar sus decisiones en principios abstractos en vez de hacerlo en las particularidades del caso individual— basándose no en las características personales de las partes del litigio, porque esto es lo que la justicia correctiva rechaza, sino en el carácter particular de la actividad que cada persona realiza y que da lugar al litigio. Esto se refleja en la diferencia entre sancionar a un conductor por manejar por encima del límite de velocidad, y sancionarlo por manejar demasiado rápido para las condiciones que existían en el lugar y momento específicos en que lo capturaron. Pero entre menos estricto sea el estándar aplicado, mayor será el peligro de que los jueces se dejen afectar por las características personales de las partes, o, desde otro punto de vista, será más difícil detectar cuándo los jueces se dejan afectar por esas características, dado que la aplicación correcta de un estándar es más compleja de evaluar desde afuera que la aplicación correcta de una regla. El concepto de la racionalidad formal de Weber hace énfasis en que es deseable que las reglas le dejen poco margen a la discrecionalidad de los jueces y de ese modo ofrezcan, con la mayor claridad posible, la guía y marco para imponer deberes legales. Esto, como veremos, es un consejo de especial importancia para los países en desarrollo.

Aristóteles puso la piedra angular del imperio de la ley, pero Weber completó la edificación. La idea de que los jueces deben juzgar sin mirar a las personas es un elemento central de lo que hoy consideramos el “imperio de la ley,” o en alemán *Rechtsstaat*, pero no es el único elemento. Otro es que las reglas jurídicas sean generales, claras, y anunciadas previamente para que las personas puedan adecuar su comportamiento a las reglas sin riesgo de ser sancionadas. Estos son valores que Weber destaca. Otro elemento importante del imperio de la ley es la separación de las funciones legislativa y judicial.



I wish now to consider those variants, which are vital to assessing law's role in a modernizing nation. The critical variants are the wealth, the political stability, and the democratic and legal traditions of a society. There is growing awareness that the failure of governments in poor countries to provide the basic legal infrastructure for a capitalist economy is an important factor in keeping these countries poor. The required infrastructure, as Max Weber would have insisted consists centrally of a machinery for the enforcement and protection of legal rights, especially property and contract rights. In its ideal form the machinery consists of competent, ethical, and well-paid professional judges who administer rules well designed for the promotion of commercial activity, who are numerous enough to decide cases without interminable delay, who are insulated from interference by the legislative and executive branches of government, who are advised by competent, ethical, and well-paid lawyers, who operate against a background of rules and practices, such as accounting standards, bureaus of vital statistics, and public registries of land titles and security interests, that enable the judges to resolve factual disputes with reasonable accuracy and at reasonable cost to the disputants, and, finally, whose decrees are dependably enforced by sheriffs, bailiffs, police, or other functionaries (again, competent, ethical, and well paid).

It must be acknowledged, however, that even wide deviations from this ideal may not seriously impede economic efficiency. This is suggested by the economic success of those states of the United States—the vast majority—that have elective, and therefore at least somewhat politicized, judiciaries of questionable professional competence; by the economic success of Asian nations such as China in which the rule of law is weak; by the fact that England, with one of the finest judicial systems in the world, was for many decades one of the poorest economic performers among the developed countries; and by the fact that India, whose legal system is modeled on the English and which has a vast lawyer population, has underperformed China, which began its economic takeoff in the 1980s, when it had only a rudimentary legal system. How to explain these anomalies? One possible explanation is that because creating the “ideal” legal system is an expensive undertaking for a poor country, the attempt to create it would impose heavy social opportunity costs, diverting resources from what might be even more urgent priorities. Another factor is that a legal system does a lot besides enforcing contract and property rights, including enforcing bad laws that reduce economic efficiency.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> This may explain the negative correlation found in Kevin M. Murphy, Andrei Shleifer & Robert W. Visny, *The Allocation of Talent: Implications for Growth*, 106 Q.J. Econ. 503 (1991), between the number of lawyers in a nation and the nation's rate of economic growth. The correlation is potentially misleading because much of the output of lawyers consists of nonmarket goods; but these may not be as important in poor as in wealthy countries.

Si bien una judicatura independiente juega un papel esencial en los fundamentos de un sistema democrático, el balance preciso que debe existir en un proceso judicial entre las reglas y los estándares (o principios) es, más que una exigencia fija, una exigencia variable. Un juez puede actuar de manera impersonal, en el sentido que indica Aristóteles, y ser independiente tanto de los gobernantes como del pueblo. Si el juez reúne esas características habrá asegurado los prerrequisitos de una democracia; no necesitará alcanzar el grado de formalidad que señala Weber. Ahora, si el juez goza o no de ese grado de formalidad dependerá de circunstancias que varían de una democracia a otra.

Me gustaría pasar a estudiar esas variables, que son cruciales para evaluar el papel del derecho en un Estado que se moderniza. Las variables críticas son la riqueza, la estabilidad política, y las tradiciones democráticas y jurídicas de una sociedad. Todos los días existe mayor conciencia de que el fracaso de los gobiernos de los países pobres en la provisión de la infraestructura jurídica básica requerida para tener una economía capitalista es un importante factor entre los varios que mantienen pobres a esos países. La infraestructura requerida, como Max Weber hubiera insistido, consiste esencialmente de un aparato para hacer cumplir y proteger los derechos legales, especialmente la propiedad y los contratos. En su forma ideal, el aparato está conformado por jueces profesionales, competentes, éticos, y bien pagados; que administran reglas bien diseñadas para promover la actividad comercial; que son suficientes en número para decidir casos sin demoras interminables; que están aislados de la interferencia de las ramas legislativa y ejecutiva; que están asesorados por abogados competentes, éticos, y bien pagados; que operan sobre un contexto de reglas y prácticas (como normas contables, cuerpos de estadísticas esenciales, y registros públicos de títulos de propiedad e intereses en la bolsa) que les permiten a los jueces resolver disputas fácticas con una precisión razonable y a un costo razonable para las partes del litigio; y, finalmente, cuyas decisiones se hacen cumplir, de manera confiable, por oficiales, alguaciles, agentes de policía, u otros funcionarios (que, de nuevo, deben ser competentes, éticos, y bien pagados).

Sin embargo, hay que admitir que aún grandes desviaciones de este ideal pueden no impedir seriamente la eficiencia económica. Esta conclusión la apoya el éxito económico de aquellos estados de los Estados Unidos —la gran mayoría— que tienen judicaturas electas (y por lo tanto en cierta medida politizadas) de cuestionable competencia profesional. Igualmente, la apoyan el éxito económico de países asiáticos como China en los cuales el imperio de la ley es débil; el hecho de que Inglaterra, que goza de uno de los mejores sistemas judiciales del mundo, fue durante muchas décadas uno de los países

In addition, there are many private substitutes for the legal enforcement and protection of property and contract rights. They include arbitration, with or without the legal enforcement of the arbitrator's award; reputation, which enables informal enforcement through retaliation, as by blacklisting people who default on their contracts; merger between firms, so that disputes formerly handled by the legal system become purely internal disputes resolved by management; bilateral monopoly, which can provide a substitute for legally enforceable employment contracts; strong-arm tactics of the kind found in illegal markets, such as the illegal drug trade in the United States; and altruism, which enables many family-owned firms to operate effectively outside a legal framework.<sup>2</sup> The importance of private substitutes for official law is shown by the fact that property and contract are methods of coordinating and optimizing economic activity that long predate the state and its formal legal institutions and that are found in settings in which the rule of law is weak or nonexistent. Even in the highly litigious culture of the United States, the vast majority of contract and property disputes are resolved informally and would be even without a background threat of resort to law, for often that threat is empty because of the expense of legal proceedings.

Nevertheless, *some* approximation to the "ideal" legal order that I described earlier undoubtedly contributes significantly to economic growth<sup>3</sup>. When law is weak or nonexistent, the enforcement of property and contract rights frequently depends on the threat and sometimes the actuality of violence, on family alliances that may be dysfunctional in the conditions of a modern economy, and on cumbersome methods of self-protection. These substitutes also create a prejudice against new firms, which do not have a reputation that they can use to persuade potential contracting partners of their reliability, and a bias in favor of simple, simultaneous exchanges over more complex transactions, since the more nearly simultaneous the performance of the parties to a contract is, the less need there is for a legal remedy against nonperformance.

---

<sup>2</sup> See Paul H. Rubin, *Growing a Legal System in the Post-Communist Economies*, 27 *Cornell Intl. L.J.* 1, 17–25 (1994).

<sup>3</sup> See, e.g., Robert J. Barro, *Economic Growth in a Cross Section of Countries*, 101 *Q.J. Econ.* 407, 437 (1991); Gerald W. Scully, *The Institutional Framework and Economic Development*, 96 *J. Pol. Econ.* 652 (1988).

con peor rendimiento económico entre los países desarrollados; y por el hecho de que la India, cuyo sistema jurídico está basado en el de Inglaterra y que tiene una vasta población de abogados, ha tenido un rendimiento inferior al de China, que inició su despegue económico en la década de 1980, cuando apenas tenía un sistema jurídico rudimentario. ¿Cómo se explican estas excepciones? Una posible explicación es que, ante el alto costo que representa para un país pobre construir un sistema jurídico “ideal,” el intento de crearlo impondría costos de oportunidad muy onerosos, tomando así recursos de las que serían prioridades aún más urgentes. Otro factor que puede explicar esta anomalía es que un sistema jurídico logra muchas cosas distintas a hacer cumplir los contratos y los derechos de propiedad, como hacer cumplir malas leyes y reducir la eficiencia económica.<sup>1</sup>

Además, existen muchos sustitutos privados al cumplimiento y protección legales de la propiedad y de los contratos. Estos sustitutos incluyen el arbitraje, con o sin el respaldo legal del cumplimiento del laudo; el concepto de la buena reputación, que promueve el cumplimiento informal a través de la retaliación, como cuando se pone a las personas que incumplen sus contratos en listas negras; las fusiones entre empresas, para que los conflictos que antes manejaba el sistema jurídico se conviertan en disputas internas resueltas por los administradores; el monopolio bilateral, que puede ofrecer un sustituto a los contratos de trabajo que se hacen cumplir judicialmente; las tácticas de mano dura que se encuentran en mercados ilegales, como el mercado ilegal de drogas en Estados Unidos; y el altruismo, que les permite a muchas compañías de familia operar de manera efectiva por fuera del marco legal<sup>2</sup>. La importancia de los sustitutos privados al derecho oficial se muestra en el hecho de que la propiedad y los contratos son métodos de coordinar y optimizar la actividad económica, que antecedieron por mucho al Estado y a sus instituciones jurídicas formales, y que se encuentran en contextos en los cuales el imperio de la ley es débil o inexistente. Incluso en la cultura altamente litigiosa de los Estados Unidos, la gran mayoría de las disputas sobre los contratos y la propiedad se resuelve informalmente, y así lo sería aún sin una amenaza latente de demandar, porque a menudo esa amenaza es vacía por los costos de un proceso.

<sup>1</sup> Esto puede explicar la correlación negativa que se encuentra en Kevin M. Murphy, Andrei Shleifer, y Robert W. Visny, “The Allocation of Talent: Implications for Growth,” 106 Q. J. Econ. 503 (1991), entre el número de abogados en un país y la tasa de crecimiento económico. Esta correlación es potencialmente engañosa porque mucha de la producción de los abogados consiste en bienes por fuera del mercado; pero estos bienes pueden no ser tan importantes en países pobres como en países ricos.

<sup>2</sup> Ver: Paul H. Rubin, “Growing a Legal System in the Post-Communist Economies,” 27 Cornell Intl. L.J. 1, 17–25 (1994).

A poor country may not be able to afford a good legal system, but without a good legal system it may never become rich enough to afford such a system. It can be argued, therefore, that since it is much more costly and time-consuming to create efficient legal institutions than to enact efficient rules for the existing inefficient institutions to administer, the focus of reform should be on the latter<sup>4</sup>.

The creation and dissemination of a rule involve small fixed costs and (like other information goods) negligible marginal costs, while legal institutions require heavy inputs of high-priced, educated labor. This implies that the rules-first strategy is better the more populous a country is, because the cost of creating a rule is invariant to the number of people the rule will apply to. China, the world's most populous country, has followed the rules-first strategy, introducing modern, commercially oriented rules of law at the same time that it liberalized the economy.

Two types of rule efficiency should be distinguished. A rule is *substantively* efficient if it sets forth a precept that if obeyed would internalize an externality or otherwise promote the efficient allocation of resources; a rule forbidding the use of another person's property without his consent (that is, forbidding trespass) is an example. A rule is *procedurally* efficient if it is designed to reduce the cost or increase the accuracy of using the legal system. Examples are a rule requiring that contracts be in writing to be legally enforceable, a rule that no claim of violation of legal rights is enforceable unless filed within three years of the alleged violation, a rule requiring that certain disputes, say between employers and employees or between securities brokers and their customers, must be referred to binding arbitration, and a rule entitling the winner of a judgment for damages to receive interest on the judgment at the market rate from the date the suit was filed. The first two of the procedural rules in the list are designed to reduce the information costs of the legal system, the third to reduce the judicial workload by shunting certain disputes to an alternative method of dispute resolution, and the last to enable the judges to use queuing to cope with a heavy workload without destroying the utility of the legal system to persons whose rights have been infringed. Requiring arbitration of certain disputes has additional importance as a method of encouraging the formation of trade associations and other business groups, which in a commercial society are important intermediate groupings between the individual and family on the one hand and the state on the other.

---

<sup>4</sup> See Jonathan R. Hay, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, Privatization in Transition Economies: Toward a Theory of Legal Reform, 40 *European Econ. Rev.* 559 (1996).

No obstante, *alguna* aproximación al orden jurídico “ideal” que describí antes, sin lugar a dudas contribuye de manera significativa al crecimiento económico<sup>3</sup>. Cuando la ley es débil o inexistente, el cumplimiento de los derechos de propiedad y los contratos con frecuencia depende de la amenaza o de la realización de la violencia, de alianzas familiares que pueden ser disfuncionales en el contexto de una economía moderna, y de los molestos métodos de auto-protección. Estos sustitutos también crean un prejuicio contra nuevas empresas, que no gozan de una reputación con la cual pueden convencer de su confiabilidad a posibles contratantes; y crean una tendencia a realizar intercambios simples y simultáneos en vez de transacciones más complejas, ya que entre más simultánea sea la ejecución de las prestaciones de las partes de un contrato, menor será la necesidad de disponer de un recurso legal contra el incumplimiento.

Un país pobre puede no tener cómo financiar un buen sistema jurídico, pero sin un buen sistema jurídico es posible que el país nunca llegue a ser suficientemente rico para financiar ese sistema. Por lo tanto, dado que es mucho más costoso e implica mucho más tiempo crear instituciones jurídicas eficientes que redactar reglas eficientes para que las administren las instituciones ineficientes que ya existen, se puede afirmar que la reforma debe enfocarse en la segunda opción<sup>4</sup>.

La creación y promulgación de una regla involucra costos fijos bajos y, como los otros bienes de información, costos marginales despreciables, mientras las instituciones jurídicas requieren un influjo importante de trabajo costoso y preparado. Esto implica que la estrategia de “reglas primero” es mejor entre más poblado sea un país, porque el costo de crear una regla no varía según el número de personas al cual la regla le va a aplicar. China, el país más poblado del mundo, ha seguido la estrategia de “reglas primero,” introduciendo reglas jurídicas modernas, orientadas hacia el comercio, al mismo tiempo que liberaliza la economía.

Debemos distinguir la eficiencia de las reglas en dos tipos. Una regla es *sustantivamente* eficiente si sienta un precepto que, de ser obedecido, internalizaría una externalidad o de otra manera promovería la distribución eficiente de recursos; un ejemplo de esto es una regla que prohíbe usar la propiedad de otro sin su consentimiento (es decir, que prohíbe la invasión). Una regla es *procesalmente* eficiente si está diseñada para reducir el costo, o aumentar la precisión, de usar el

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo: Robert J. Barro, “Economic Growth in a Cross Section of Countries,” 101 Q.J. Econ. 407, 437 (1991); Gerald W. Scully, “The Institutional Framework and Economic Development,” 96 J. Pol. Econ. 652 (1988).

<sup>4</sup> Ver: Jonathan R. Hay, Andrei Shleifer, y Robert W. Vishny, “Privatization in Transition Economies: Toward a Theory of Legal Reform,” 40 European Econ. Rev. 559 (1996).

The relative simplicity of rules as compared to standards has two consequences for the kind of weak judiciary common in a modernizing country. Applying rules places fewer demands on the time and the competence of the judges and is therefore both cheaper and more likely to be accurate. Rules also facilitate the monitoring of judges and so reduce the likelihood of bribery and the influence of politics in the judicial process. The less discretion a judge has in making decisions, the easier it will be for observers to determine whether he has decided a case contrary to law or is systematically favoring one class or group of litigants over another.

Other economic measures for reducing judicial corruption and incompetence include:

1. Backloading judicial compensation by creating generous pension rights that are forfeited if the judge is removed from office for incompetence or venality. This increases the judge's incentive to behave himself by increasing the punishment for his misbehavior.<sup>5</sup> Even if the likelihood that his misbehavior will be detected is slight, if the cost to him if it is detected is very great, he may be deterred because the *expected* cost (the cost if he is detected multiplied by the probability of detection) may be great.
2. Having judges sit in panels rather than by themselves or having them sit with juries. In either case, both the transaction costs of bribery and the likelihood of discovery will rise.
3. Reducing penalties in order to reduce the gain from bribing judges and other officials not to impose them. If the fine for speeding were \$1,000, the incentive of a police officer to demand and of the speeder to pay a bribe to avoid a ticket would be great. This is another reason why the criminal justice system does not combine the heaviest possible punishment with the lowest probability of imposing it.

---

<sup>5</sup> See Gary S. Becker & George J. Stigler, Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers, 3 J. Leg. Stud. 1, 6–13 (1974).

sistema jurídico. Ejemplos de este tipo de eficiencia son una regla que requiera que los contratos sean escritos para que los jueces los hagan cumplir; una regla que disponga que no se puede hacer cumplir ninguna pretensión de que se han violado derechos pasados tres años desde la supuesta violación; una regla que exija que ciertas disputas, por ejemplo entre empleadores y trabajadores o entre comisionistas de bolsa y sus clientes, se decida por un tribunal de arbitramento; y una regla que faculte a quien salga favorecido por una condena por perjuicios a recibir intereses sobre la suma fijada en la sentencia desde la fecha en que la demanda fue presentada. Las primeras dos de las reglas procesales de la lista anterior están diseñadas para reducir los costos de información de un sistema jurídico; la tercera para reducir la congestión judicial dirigiendo ciertas disputas a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; y la última para permitirles a los jueces crear listas de espera ante una carga pesada de procesos, sin anular la utilidad del sistema jurídico para quienes han visto violados sus derechos. Exigir que ciertos conflictos se decidan por un tribunal de arbitramento también es importante como una forma de fomentar la formación de gremios y otras asociaciones comerciales, que en una sociedad de mercado constituyen importantes colectivos intermedios entre el individuo y la familia, por un lado, y el Estado, por otro.

La relativa simplicidad de las reglas, comparada con la de los estándares, tiene dos consecuencias para el tipo de judicatura débil que es común en un país en desarrollo. Aplicar reglas exige menor tiempo y competencia de los jueces, y por esa razón es un sistema a la vez menos costoso y probablemente más preciso. Las reglas también facilitan la supervisión de los jueces, y de ese modo reducen la posibilidad de los sobornos y la influencia de la política en el proceso judicial. Entre menor sea la discrecionalidad de un juez al tomar decisiones, más fácil será para los observadores determinar si ha decidido un caso en contra de lo que dispone la ley o si está favoreciendo de manera sistemática a una clase o grupo de litigantes sobre otro.

Otras medidas económicas para reducir la corrupción e incompetencia de los jueces incluyen:

1. Diferir la remuneración de los jueces, creando derechos pensionales generosos que se perderán si el juez es retirado de su cargo por incompetencia o venalidad. Esto aumenta el incentivo que tiene el juez para portarse correctamente al agravar la sanción por su mala conducta<sup>5</sup>. Aun si la probabilidad de que detecten su mala conducta sea mínima, si el costo para el juez en caso de que lo descubran es muy grande, es posible que deje de actuar incorrectamente porque el costo *esperado* (el costo si lo detectan multiplicado por la probabilidad de detección) puede ser grande.



4. Prioritizing. If the greatest danger to a developing nation's prosperity is the threat that government will confiscate people's property, then it may make sense to establish a special court whose sole mission is to check the government (the French approach—the *Conseil d'État* is that court). The judges of *this* court will have to be competent, ethical, and well-paid, but since the court's jurisdiction will be so circumscribed, the aggregate resources of both human and physical capital required to equip the court will be modest. And if the court is confined to purely economic issues, the political authorities may be willing to tolerate its independence, especially if they understand how much such an institution can do for the country's prosperity.

2. Hacer que los jueces tomen decisiones en colegiaturas, o en conjunto con jurados. En uno u otro caso, aumentará tanto el costo de transacción del soborno como la posibilidad de ser detectado.

3. Reducir las sanciones para reducir el beneficio obtenido de sobornar jueces u otros oficiales para que no las impongan. Si la multa por exceso de velocidad fuera de 1.000 dólares, existiría un gran incentivo para que el agente de policía exigiera, y para que el infractor pagara, un soborno. Ésta es otra razón por la cual el sistema penal no combina el castigo más alto posible con la menor probabilidad de imponerlo.

4. Priorizar. Si el peligro más grande para la prosperidad de un país en desarrollo es la amenaza de que el gobierno confisque la propiedad de los particulares, entonces puede ser una buena idea tener una corte especial cuya única misión sea controlar al gobierno (ésta es la opción que ha tomado Francia— esa corte es el *Conseil d'État*). Los jueces de esta corte deberán ser competentes, éticos, y bien pagados, pero la jurisdicción de la corte será tan restringida que los recursos agregados de capital físico y humano necesarios para ponerla en funcionamiento serán modestos. Y si la corte se limita a conocer sólo de asuntos económicos, las autoridades políticas podrán estar dispuestas a tolerar su independencia, especialmente si entienden la manera en que esa corte le ayudará a la prosperidad del país.

---

<sup>5</sup> Ver: Gary S. Becker y George J. Stigler, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers," 3 J. Leg. Stud. 1, 6–13 (1974).